



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74306>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

Estate*Tip*

Review

Afl. 2008-21

21 mei 2008

‘De duif is dood’

De testamentaire last bepaalt het erfrechtelijk klimaat

Wie kent deze gevleugelde woorden van de grootste (Limburgse) cabaretier aller tijden niet?

Een uitspraak die het gevaar van het lichtvaardig gebruik van de testamentaire last prima illustreert en waarover hierna meer. Het gevaar is overigens tevens de kracht van de in artikel 4:131 BW geregelde testamentaire prikkel. Er wordt in geval van een testamentaire last immers erfrechtelijk verkregen onder de *ontbindende voorwaarde* van het uitspreken van de vervallenverklaring door de rechter.

Ook in de ‘Kamer’ (Parl. Gesch. Vast. Boek 4, p. 732) realiseerde men zich wat een testamentaire last allemaal kan aanrichten en werd de erfrechtelijke anekdote van de kanarievogel die het koud kreeg, opgevoerd:

‘Ten slotte zou ik in dit verband nog willen opmerken dat ik weinig sympathie gevoel voor de sanctie die aan de last is verbonden, te weten de *ontbindende voorwaarde* van artikel 4.4.3.2. Deze kan wel heel onbillijk werken. Neem het geval van de *kanarievogel*. *Stel dat de erfgenaam op een voorjaarsdag het raam laat open staan, uitgaat en vergeet het raam dicht te doen; de kanarievogel krijgt longontsteking en gaat dood. Moet hij dan de gehele erfenis verliezen?* Dat lijkt mij overdreven. Ik zou daarom willen vragen, mijnheer de Voorzitter, of het niet gewenst zou kunnen zijn, de rechter ten deze een matigingsrecht te geven of liever nog, het aan de erflater over te laten of hij een sanctie nodig acht en, zo ja, welke sanctie hij wil aanbrengen.’ [Cursivering van ons, SBS]

Als mogelijke sancties van de erflater werden overigens genoemd het boetebeding en de ontbindende voorwaarde.

Wat betreft de opmerking dat vervallenverklaring bij *niet* uitvoering van een last wel eens een *onredelijke straf* kan zijn, antwoordt regeringscommissaris Wiersma (p. 736):

‘Ik ben dit geheel met hem (de geachte afgevaardigde) eens. Vandaar dat in het tweede lid van artikel 4.4.3.2 gesproken wordt van ‘kan’. Als voorbeeld van gevallen, waarin de rechter de vordering tot vervallenverklaring *kan* afwijzen, worden genoemd in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer de mogelijk-

heid tot herstel van begaan verzuim, de niet ernstige tekortkomingen, of een tekortkoming die aan de belaste persoon niet kan worden toegerekend. De rechtbank kan ook de beslissing uitstellen om de belaste persoon gelegenheid te geven een verzoek in te dienen tot herziening van de last wegens gewijzigde omstandigheden.’ [Cursivering van ons, SBS]

Leerzame woorden. Het ‘enkele feit’ dat de kanariepiet een koudje pakt en overlijdt, is niet zonder meer voldoende om een erfstelling te laten vervallen, maar toch: de ene rechter is de andere niet.

Het venijn zit, zoals zo vaak, inderdaad in de werking van de *ontbindende voorwaarde*. Indien men een onroerende zaak geërfd heeft onder de testamentaire last om de betreffende vogel goed te verzorgen, is er sprake van ‘voorwaardelijk eigendom’. En in het verlengde hiervan leert artikel 3:84 lid 4 BW:

‘Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis *geleverd*, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.’ [Cursivering van ons, SBS]

Kortom, allesbehalve een ‘sterk’ recht.

Wie een geërfde onroerende zaak in eigendom verwerft zal dan ook geneigd zijn om terloops te vragen hoe het met de kanariepiet gaat, oftewel of de duif nog leeft. Ik sluit immers, zacht gezegd, niet uit dat de testamentaire last ingeschreven zal zijn in de openbare registers (art. 3:16 BW).

De voorwaardelijke pijn wordt verzacht in artikel 4:138 lid 2 BW, waar de wettelijke voorschriften van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing worden verklaard oftewel:

‘(...) Dientengevolge is hij verplicht het vermaakte gelijk een vruchtgebruiker te bewaren en in stand te houden, *tenzij* de erflater hem de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen *te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden*.’ [Cursivering van ons, SBS]

De estate planner benut testamentair zijn kans en zal in de regel de beschikkingsbevoegdheid van de erfgenaam niet laten afhangen van de vraag of ‘de vogel gevlogen is’. Vaak zal er in een vervreemdingscasus dan ook sprake zijn van een ‘toevalstreffer’ en wel op basis van lid 3 van artikel 4:138 BW:

‘In geval van een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde *zonder een daarbij aansluitende erfstelling* onder opschortende voorwaarde is hij jegens degene aan wie het vermaakte bij vervulling van de voorwaarde toekomt, *bevoegd de goederen te vervreemden en te verteren* op dezelfde voet als een vruchtgebruiker aan wie deze bevoegdheid is gegeven, *voor zover de erflater niet anders heeft bepaald*.’ [Cursivering van ons, SBS]

In de praktijk wordt ook wel een zodanige route gekozen dat de testamentaire last niet aan de erfstelling wordt gekoppeld maar aan een geldbedrag in de vorm van een *legaat*. Zie bijvoorbeeld P. Blokland, *Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, advies KNB 2006*, p. 84, noot 133. Het voorgaande neemt niet weg dat het koppelen

van een testamentaire last aan een erfstelling een zeer doeltreffend wapen is om over de dood heen te regeren. Het 'verkeerde plaatje draaien' op de begrafenis of het condoleanceregister vergeten te tekenen, en het is al uit met de erfrechtelijke pret. Zie over *onvoorwaardelijke* beschikkingsbevoegdheid bij voorwaardelijke makingen *EstateTip Review* 2004-34 en over dieren die zelf als 'erfgenaam aantreden' *EstateTip Review* 2007-39.

Wij merken op dat in zoverre het nakomen van een *testamentaire last* meer gevaar in zich bergt dan het *niet* nakomen van een *legaat*. Het niet nakomen van een legaat heeft immers in beginsel geen gevolgen voor het zijn van erfgenaam, het niet nakomen door de erfgenaam van een last kan dat wel hebben.

Wat er van de onderhavige problematiek ook zij: iedereen, de passerend notaris incluis, zal raar staan te kijken als de verkoper na 'het transport' laat weten: '*De duif is dood.*' De koper zal door het in vervulling gaan van de voorwaarde in beginsel afscheid moeten nemen van de uit de nalatenschap verworven onroerende zaak. Zijn recht was immers, afgezien van het testamentaire maatwerk en onder omstandigheden eventuele derdenbescherming, slechts voorwaardelijk in de zin van afhankelijk van het leven van 'de kanarievogel' van de verkoper.

In de wondere wereld van de estate planning geldt dan ook nog steeds: 'Testamenteir voorkomen is beter dan genezen.'

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2008 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.